



Zur Aufrechnung von Mietkautionsdarlehen  
nach dem BSG-Urteil vom 28.11.2018

Der Rechtsweg war ein Holzweg, es bleibt der parlamentarische Weg; aber wirklich erfolgversprechend ist nur eine breite Bewegung „auf der Straße“.

1. Geltende Rechtslage

1.1 Gesetzestext (Auszüge, eigene Hervorhebungen)

**§ 1 Aufgabe und Ziel der Grundsicherung für Arbeitsuchende**

(1) Die Grundsicherung für Arbeitsuchende soll es Leistungsberechtigten ermöglichen, ein Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht.

**§ 22 Bedarfe für Unterkunft und Heizung**

(6) Wohnungsbeschaffungskosten und Umzugskosten können bei vorheriger Zusicherung durch den bis zum Umzug örtlich zuständigen kommunalen Träger als Bedarf anerkannt werden; **Aufwendungen für eine Mietkaution und für den Erwerb von Genossenschaftsanteilen können bei vorheriger Zusicherung durch den am Ort der neuen Unterkunft zuständigen kommunalen Träger als Bedarf anerkannt werden.** Die Zusicherung soll erteilt werden, wenn der Umzug durch den kommunalen Träger veranlasst oder aus anderen Gründen notwendig ist und wenn ohne die Zusicherung eine Unterkunft in einem angemessenen Zeitraum nicht gefunden werden kann. **Aufwendungen für eine Mietkaution und für Genossenschaftsanteile sollen als Darlehen erbracht werden.**

**§ 42a Darlehen**

(1) Darlehen werden nur erbracht, wenn ein Bedarf weder durch Vermögen nach § 12 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, 1a und 4 noch auf andere Weise gedeckt werden kann. Darlehen können an einzelne Mitglieder von Bedarfsgemeinschaften oder an mehrere gemeinsam vergeben werden. Die Rückzahlungsverpflichtung trifft die Darlehensnehmer.

(2) **Solange Darlehensnehmer Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts beziehen, werden Rückzahlungsansprüche aus Darlehen ab dem Monat, der auf die Auszahlung folgt, durch monatliche Aufrechnung in Höhe von 10 Prozent des maßgebenden Regelbedarfs getilgt.** § 43 Absatz 3 gilt entsprechend. Die Aufrechnung ist gegenüber den Darlehensnehmern schriftlich durch Verwaltungsakt zu erklären. Satz 1 gilt nicht, soweit Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes als Darlehen erbracht werden.

(3) Rückzahlungsansprüche aus Darlehen nach § 24 Absatz 5 sind nach erfolgter Verwertung sofort in voller Höhe und Rückzahlungsansprüche aus Darlehen nach § 22 Absatz 6 bei Rückzahlung durch den Vermieter sofort in Höhe des noch nicht getilgten Darlehensbetrages fällig. Deckt der erlangte Betrag den noch nicht getilgten Darlehensbetrag nicht, soll eine Vereinbarung über die Rückzahlung des ausstehenden Betrags unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Darlehensnehmer getroffen werden.

### § 43 Aufrechnung

(3) Eine Aufrechnung ist nicht zulässig für Zeiträume, in denen der Auszahlungsanspruch nach § 31b Absatz 1 Satz 1 um mindestens 30 Prozent des maßgebenden Regelbedarfs gemindert ist. Ist die Minderung des Auszahlungsanspruchs geringer, ist die Höhe der Aufrechnung auf die Differenz zwischen dem Minderungsbetrag und 30 Prozent des maßgebenden Regelbedarfs begrenzt.

(4) Die Aufrechnung ist gegenüber der leistungsberechtigten Person schriftlich durch Verwaltungsakt zu erklären. Sie endet spätestens drei Jahre nach dem Monat, der auf die Bestandskraft der in Absatz 1 genannten Entscheidungen folgt. Zeiten, in denen die Aufrechnung nicht vollziehbar ist, verlängern den Aufrechnungszeitraum entsprechend.

### § 44 Veränderung von Ansprüchen

Die Träger von Leistungen nach diesem Buch dürfen Ansprüche erlassen, wenn deren Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre.

Vor dem 01.04.2011 wurde in solchen Fällen meist der Rückerstattungsanspruch für Mietkautionen einfach ans Jobcenter abgetreten, ohne Aufrechnung. Jetzt aber läuft es darauf hinaus: **Sofern das Jobcenter überhaupt für Mietkautionen einspringt, sollen sie im Regelfall als Darlehen erbracht werden und müssen dann (außer in Ausnahmefällen) mit dem laufenden Alg II verrechnet werden.**

## 1.2 Rechtsprechung

### 1.2.1 Ausgewählte Verfahren

Tab. 1

Nr.	Datum	Gericht / Kammer (Az.)	Tenor
1.1	28.11.13	SG Gelsenkirchen (S 6 AS 1850/12)	für Aufrechnung
1.2	11.05.17	LSG NRW (L 6 AS 111/14)	für Aufrechnung
1.3	?	BSG (14 AS 40/17 R)	offen
2.1	23.01.15	SG Dortmund (S 58 AS 4433/12)	für Aufrechnung
2.2	29.06.17	LSG NRW (L 7 AS 607/17)	gegen Aufrechnung
2.3	28.11.18	BSG (B 14 AS 31/17 R)	<i>Aufrechnung bestätigt</i>
3.1	21.03.17	SG Dortmund (S 32 AS 1659/14)	für Aufrechnung
3.2	31.08.17	LSG NRW (L 19 AS 787/17)	für Aufrechnung
3.3	?	BSG (B 14 AS 41/17 R)	offen
4.1			
4.2	13.12.17	LSG B-B (L 5 AS 2612/14)	für Aufrechnung
4.3	?	BSG (B 14 AS 5/18 R)	offen
5	20.11.17	SG Kassel (S 3 AS 191/16)	gegen Aufrechnung

(Nummerierung folgt den Rechtszügen, daher Tabelle nicht nach Datum geordnet.)

## 1.2.2 Resultat

Das beklagte Jobcenter ist gegen das stattgebende Urteil der 7. Kammer des LSG NRW (Nr. 2.2) in Revision gegangen, dieses wurde daraufhin vom BSG am 28.11.18 aufgehoben (Nr. 2.3). Aller Voraussicht nach wird das BSG in den noch offenen, derzeit nicht terminierten Verfahren die abweisenden Urteile des LSG NRW (6. u. 19. Kammer) bestätigen. Zur gleichen Frage steht ferner ein Verfahren aus dem LSG Berlin-Brandenburg an – wird aber ohne Zweifel genauso entschieden.

Die Urteilsbegründung liegt noch nicht vor, nur die diesbezügliche Kurzinformation für die Öffentlichkeit:

[https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Verhandlungen/DE/2018/2018\\_11\\_28\\_B\\_14\\_AS\\_31\\_17\\_R.html](https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Verhandlungen/DE/2018/2018_11_28_B_14_AS_31_17_R.html)

**Verhandlung B 14 AS 31/17 R**

**Verhandlungstermin 28.11.2018 14:30 Uhr**

### **Terminvorschau**

C.D. ./ Jobcenter Märkischer Kreis

Umstritten ist die Aufrechnung mit einem Mietkautionsdarlehen.

Der 1987 geborene Kläger lebte zuletzt in einer Einrichtung der Jugendhilfe. Das beklagte Jobcenter stellte die Angemessenheit der Kosten der von ihm zum 1.10.2012 bezogenen Wohnung fest und bewilligte ihm Alg II in entsprechender Höhe. Seinen Antrag auf Übernahme der Mietkaution für die Wohnung als Zuschuss lehnte der Beklagte ab. Gegen den Bescheid über die darlehensweise Bewilligung der Mietkaution und die zugleich erklärte Aufrechnung in Höhe von 10 % des Regelbedarfs erhob er Widerspruch und Klage, deren aufschiebende Wirkung der Beklagte berücksichtigte.

Während das SG die Klage abwies, hat das LSG den Bescheid des Beklagten hinsichtlich der Erklärung der Aufrechnung aufgehoben. Die allein in Betracht kommende Rechtsgrundlage in § 42a Abs. 2 SGB II sei auf Mietkautionsdarlehen nicht anwendbar.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt der Beklagte eine Verletzung dieser Vorschrift, weil diese entgegen der Ansicht des LSG auch für Mietkautionsdarlehen gelte.

Vorinstanzen:

Sozialgericht Dortmund - S 58 AS 4433/12, 23.01.2015

Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen - L 7 AS 607/17, 29.06.2017

### **Terminbericht**

Auf die Revision des Beklagten ist das Urteil des LSG aufgehoben und im Ergebnis die Klage abgewiesen worden. Mietkautionsdarlehen nach § 22 Abs. 6 SGB II sind nicht von der Aufrechnung nach § 42a Abs. 2 SGB II ausgenommen.

Nach Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Regelungszweck umfasst die Aufrechnungsvorschrift des § 42a Abs. 2 SGB II alle nach dem SGB II zu gewährenden Darlehen, soweit keine Ausnahme angeordnet ist. Das belegt für Mietkautionsdarlehen nicht zuletzt die differenzierte Vorschrift zu deren Tilgung bei der Kautionsrückzahlung durch den Vermieter in § 42a Abs. 3 SGB II. Eine allgemeine Ausnahme für Mietkautionsdarlehen enthält die Vorschrift nicht.

Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken wegen des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art 20 Abs. 1 GG stehen einer Aufrechnung nicht grundsätzlich entgegen (vgl. BSG vom 9.3.2016 - B 14 AS 20/15 R - BSGE 121, 55 = SozR 4-4200 § 43 Nr. 1).

Allerdings ist die Unterdeckung existenznotwendiger Bedarfe zu vermeiden (vgl. BVerfG vom 23.7.2014 – 1 BvL 10/12 u.a. – BVerfGE 137, 34 Rd.Nr. 116 ff), zumal die Mietkaution nicht in die Bemessung des Regelbedarfs eingeflossen ist und ihre Tilgung längere Zeit dauern kann. Zur Vermeidung einer solchen Unterdeckung im Einzelfall stehen im SGB II indes mehrere Instrumente zur Verfügung, wie die abweichend von der Soll-Regelung in § 22 Abs. 6 Satz 3 SGB II mögliche Erbringung der Mietkaution als Zuschuss, die zeitliche Aufrechnungsbegrenzung auf drei Jahre in entsprechender Anwendung von § 43 Abs. 4 SGB II oder ein Erlass oder Teilerlass des Darlehens nach § 44 SGB II.

### 1.2 Bewertung

Praktisch dürfte der Rechtsweg damit ausgeschöpft sein. Theoretisch wäre natürlich noch eine Klage beim BVerfG bis zum EuGH möglich. Da aber nicht einmal das SG Kassel einen Vorlagebeschluss gewagt hat, wird sich *rechtlich* wahrscheinlich nichts mehr tun; und wenn, dann dauert es noch ewig und drei Tage.

Im Kern hat das BSG die Notwendigkeit einer teleologischen Auslegung verworfen und ebenso die verfassungsrechtlichen Bedenken (diese gibt es zwar, aber sie sind nicht durchgreifend). Das BSG hält vielmehr die folgenden drei „Schlupflöcher“ für ausreichend:

- a) § 22 Abs. 6 Satz 3 SGB II ermöglicht es dem Jobcenter, die Mietkaution von vornherein als Zuschuss statt als Darlehen zu gewähren.
- b) § 44 SGB II ermöglicht es dem Jobcenter, das Mietkautionsdarlehen ganz oder teilweise zu erlassen.
- c) § 43 Abs. 4 SGB II begrenzt den Zeitraum der Aufrechnung auf höchstens 36 Monate. [https://con.arbeitsagentur.de/prod/apok/ct/dam/download/documents/FW-SGB-II-43\\_ba016218.pdf](https://con.arbeitsagentur.de/prod/apok/ct/dam/download/documents/FW-SGB-II-43_ba016218.pdf)

Allerdings steht es dem Jobcenter weitgehend frei, von diesen Optionen Gebrauch zu machen oder auch nicht; nur der dritte Punkt c) ist verbindlich und sollte eigentlich automatisch befolgt werden. Wie die Verwaltungspraxis dabei aussieht, weiß man allenfalls punktuell; doch im Ergebnis kommt heraus: Wer sich beraten lässt und Bescheide vom Jobcenter nicht widerspruchlos hinnimmt, der wird vielleicht von einem dieser drei Ausweichmöglichkeiten profitieren können; für die große Mehrheit aber gilt: Die Aufrechnung von Mietkautionsdarlehen unter das Existenzminimum setzt sich fort.<sup>1</sup>

Genau wie in vielen anderen Fallkonstellationen, sowohl bei Aufrechnungen als auch bei Sanktionen, – und hierin liegt das Problem, wenn man verfassungsrechtlich argumentiert: Die Grundsatzfrage liegt ja längst beim BVerfG (1 BvR 7/16), kein untergeordnetes Gericht kann, darf, wird sie beantworten! Um beim BSG in Sachen „Soforttilgung von Mietkautionsdarlehen durch Aufrechnung“ Erfolg zu haben, hätte es einer *spezifischen* Begründung bedurft, warum ausgerechnet *nur* Mietkautionsdarlehen nicht aufgerechnet werden dürfen bzw. sollten. Eine solche Begründung hätte evtl. in der sachlichen Differenzierung von Anschaffungsdarlehen einerseits und Mietkautionsdarlehen andererseits liegen können (s.u.); das „soziokulturelle Existenzminimum“ ist jedoch ein juristisch äußerst schwaches Argument.

---

<sup>1</sup> Siehe Udo Geiger, Hdb. Unterkunfts- und Heizkosten nach dem SGB II, 5. Aufl. 2018, S. 375ff; außerdem ist die Tilgung mit zahlreichen ungelösten Rechtsfragen verbunden (ebd. S. 378f). Daher wäre die frühere Praxis (bis 30.03.2011) in den meisten Fällen wohl einfacher zu handhaben, trotz der offenbaren Unlust der Ämter, sich in einigen Fällen womöglich selber mit nicht rückzahlungswilligen Vermietern herumschlagen zu müssen (s.u.).

(Dieser Begriff kommt übrigens im Gesetzestext des SGB II überhaupt nicht vor, sondern wird lediglich indirekt aus der in § 1 Abs. 1 erwähnten Menschenwürde abgeleitet.)

In der Beratungspraxis kann man bis auf weiteres nur versuchen, das Beste aus den oben genannten drei Ausweichmöglichkeiten zu machen bzw. sie mit mehr oder weniger Aussicht auf Erfolg vor den Sozialgerichten zu erstreiten. Dabei dürfte die Option a) am ehesten „greifen“ (außer bei Aufstocker/innen, dort wird die Tilgung von Darlehen aus dem Erwerbstätigenfreibetrag heraus von der Rechtsprechung nach h.M. als zumutbar erachtet).

Um zahllose Einzelfallprüfungen und -klagen zu vermeiden und Rechtssicherheit herzustellen, wäre eine gesetzliche Klarstellung zu empfehlen (und eigentlich auch problemlos möglich, wenn der politische Wille dazu vorhanden wäre). Vermutlich wäre die Rückkehr zur früheren, bis 2011 gängigen und rechtlich normierten Praxis, den Rückzahlungsanspruch für die Kautionsans Jobcenter abzutreten, sogar eine Verwaltungsvereinfachung.

## 2. Politische Gestaltungsoptionen

Der Gesetzgeber, und nur er, kann jetzt noch korrigierend eingreifen. Das ist bei den derzeitigen parlamentarischen Mehrheitsverhältnissen schwierig, aber nicht gänzlich ausgeschlossen.

Um nicht in die gleiche Falle wie beim BSG zu tappen, müssen wir aber besser darauf achten, auf welcher Ebene wir argumentieren:

- Existenzminimum / Sanktionen überhaupt
- Darlehenstilgung durch Aufrechnung allgemein
- Mietkautionsdarlehen im besonderen

Es wird nämlich mit Sicherheit nicht gelingen, Aufrechnungen allgemein abzuschaffen – geschweige denn Sanktionen.

### 2.1 Positionen der Parteien

Wir haben als KOS im Auftrag des Bündnisses „AufRecht bestehen“ zuerst am 15.11.17, dann zur Erinnerung nochmals am 42.07.18 die im Bundestag vertretenen Parteien und Fraktionen, mit Ausnahme der AfD, angeschrieben, das Problem geschildert und um Stellungnahme gebeten. Hier die Reaktionen kurz zusammengefasst:

Tab. 2

05.12.17	Katja Mast, SPD	Facettenreiche Thematik, war mit der CDU nicht anders zu lösen
08.12.17	Katja Kipping, Die Linke	Unterschreitungen des Existenzminimums u.a. durch Aufrechnungen müssen beendet werden.
17.05.18	Pascal Kober, FDP	Das Jobcenter soll nicht das Risiko von Mietschäden tragen, aber die Aufrechnung stellt eine besondere Härte dar und könnte in der Höhe vermindert werden.
28.05.18	Kerstin Griese, SPD (BMAS)	Der/die Leistungsberechtigte ist verantwortlich dafür, dass ihm die Kautions zurückerstattet wird.
20.08.18	Sven Lehmann, B90/Grüne	Änderungsbedarf: Die bis 2011 geltende Regelung war besser!
26.11.18	Kai Whittaker, CDU	Keine Grundrechtsverletzung, aber schwierige Fallkonstellationen muss man im Auge behalten.

Entscheidend für die politische Meinungsbildung dürfte folgendes Argument gewesen sein, das die „Praktiker“ in den Jobcentern bzw. die BA vortragen:

- (1) Man darf die Leistungsbezieher/innen nicht von der Verantwortung für die Mietsache entlasten.
- (2) Das geht nur, wenn die Mietkaution am Ende nicht ans Jobcenter, sondern an den/die Leistungsbezieher/innen zurückfließt.
- (3) Und dazu muss das Darlehen im laufenden Leistungsbezug bereits getilgt werden.

Dass eine solche Rückerstattung der Mietkaution bei aufgerechnetem Darlehen dann auch nicht mehr als Einkommen angerechnet werden darf und insofern, ganz entgegen der Systematik des SGB II, zum Vermögensaufbau im Leistungsbezug durch „Zwangssparen“ führen kann, ja muss, wird dann offenbar in Kauf genommen (BT-Drs. 17/11484, S. 7). Gesetzlich normiert ist das nicht.

## 2.2 Kommentar der KOS

Hier handelt es sich um ein Muster, das sich im Rahmen von „Hart IV“ beständig wiederholt: Weil es mit einigen Leistungsempfänger/inne/n Probleme gibt oder geben könnte, „muss“ man alle unter Generalverdacht stellen.

Ob das Problem der Jobcenter, selber keine Rechtsbeziehung mit dem Vermieter als Kautionsempfänger eingehen zu wollen, tatsächlich auf praktischen Erfahrungen beruht (sicher nicht auf empirischen Daten) oder doch nur eine vorurteilsbeladene küchenpsychologische Theorie ist, scheint uns sehr fraglich zu sein. Doch klar ist: Die Behörden haben weder Zeit noch Lust, sich um die Rückerstattung von Mietkautionen zu kümmern – egal wie sorgfältig oder nachlässig man als Mieter/in-im-Leistungsbezug agiert!

Es soll in der Mietrechtsberatung übrigens auch schon Fälle gegeben haben, wo Vermieter/innen widerrechtlich versucht haben, die Mietkaution ganz oder teilweise zu behalten. Das gibt es ganz sicher, ebenso wie „Mietnomaden“ auf der anderen Seite; aber dies einseitig zur Leitschnur der Gesetzgebung zu machen und noch dazu über die Gefährdung des Existenzminimums und der Menschenwürde zu stellen, scheint doch recht merkwürdig!

Das Existenzminimum, das selbst bei ungekürzten Regelsätzen nicht durchgängig gewährleistet wird, ist argumentativ allerdings gar nicht der entscheidende Punkt. Das BSG ist zu dem Urteil gelangt, dass der Gesetzgeber Mietkautionsdarlehen aufrechnen durfte und darf, jedoch ohne zu prüfen (das war nicht seine Aufgabe), ob das auch sachgerecht ist. Der Unterschied von Mietkautions- und Anschaffungs-darlehen liegt aber auf der Hand; diese eklatante sachliche Differenz einfach wegzuwischen, könnte u.U. sogar dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Grundgesetzes zuwider laufen: Schließlich handelt es sich bei einem Kühlschrank, einer Waschmaschine etc. um einen realen Gegenstand, der sich wieder verkaufen lässt – eine Mietkaution hat dagegen keinerlei Gegenwert. Und weil man nichts in der Hand hat außer dem Nutzungsrecht der angemieteten Wohnung, fehlt nach Ansicht der zitierten „Praktiker in den Jobcentern“ eben der Anreiz zum pfleglichen Umgang mit der Wohnung.

Wie dem auch immer sei: Auf jeden Fall ist das Argument, man müsse Mietkautionsdarlehen aufrechnen, um die Leistungsempfänger/innen in die Pflicht zu nehmen und ihre „Eigenverantwortung“ zu stärken, des Pudels ideologischer Kern! Mangels belastbarer empirischer Daten über Anzahl der Betroffenen, Höhe und Dauer der Aufrechnung, geschweige denn über mögliche Kautionsrückflüsse beim Auszug, kann es um gar nichts andere als um ideologische Befürchtungen und Spekulationen gehen.



Selbst der Bundesregierung liegen nämlich keinerlei Erkenntnisse vor, wie sie in der Antwort (BT-Drs. 18/13570 v. 13.09.17) auf eine Kleine Anfrage der Linken einräumen musste. So war es auch schon am 15.11.2012 (BT-Drs. 17/11484). Der wissenschaftliche Dienst des Bundestages (WD 6 – 3000 – 076/17) sah sich noch am 05.02.18 ebenfalls außerstande, irgendetwas anders als bloße Rechtsauffassungen zu referieren.

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/135/1813570.pdf>

<https://www.bundestag.de/blob/536688/00d2aca84c02fc0b9154c90208439866/wd-6-056-17-pdf-data.pdf>

vgl. a. <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/17/114/1711484.pdf>

### 2.3 Mögliche Gesetzesänderungen

Das einfachste wäre natürlich, das Problem aus der Welt zu schaffen, indem man § 42a Abs. 2 Satz 4 SGB II wie folgt ergänzt: *„Satz 1 gilt nicht, soweit Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes oder für Mietkautionen oder den Erwerb von Genossenschaftsanteilen als Darlehen erbracht werden.“*

Angesichts der oben in Tab. 2 zusammengefassten Stellungnahmen ist allerdings nicht damit zu rechnen, dass sich dafür eine politische Mehrheit findet (weder in der GroKo noch in irgendeiner anderen denkbaren Konstellation).

Sehr wohl scheint es jedoch möglich, die Aufrechnung von Mietkautionsdarlehen zeitlich und/oder in der Höhe zu beschränken – beispielsweise auf 5% für höchstens ein Jahr o.ä.; dies könnte in § 43 SGB II geschehen, indem man einen neuen Absatz 3a einfügt.

Im Rahmen der Diskussion um Hartz-IV-Reformen sollte das eigentlich machbar sein, hat aber seinen Preis; nämlich den Verzicht darauf, Aufrechnungen und Sanktionen „in einem Aufwasch abräumen“ zu wollen. Nicht das beste, wohl aber das überzeugendste Argument läuft nämlich darauf hinaus, Aufrechnungen anders zu regeln, um sie von Sanktionen wegen Meldeversäumnissen zu trennen.